

溯责禁止理论的源流与发展

何庆仁

内容提要:溯责禁止理论起因于对因果关系范围之限制,即他人自由答责的故意行为切断了前行为的因果链,过失前行为人因此被禁止溯责。随着二战后归责理论的兴起,该理论变身为对答责性的限制而得以继续发展。尤其是在现代客观归责理论中,社会相当性、信赖原则、被允许的危险、规范保护目的等均为溯责禁止提供了一定的理论支持。迪尔(Diel)提出的作为一般性构成要件界限的溯责禁止和雅各布斯(Jakobs)教授提出的作为一般性答责排除事由的溯责禁止,则指出了该理论发展的最新方向。在共犯论领域,溯责禁止也为正犯与共犯之区分、教唆犯与间接正犯的界限乃至“正犯后正犯”是否有存在意义等提供了富有启发意义的解答。溯责禁止不仅在教义学上与自我答责原则关系密切,而且对越来越倾向于风险刑法的刑事政策提出了质疑。

关键词:溯责禁止 自我答责 客观归责 共犯 正犯

何庆仁,清华大学法学院博士后研究人员。

一个损害结果可能是由一行为导致,也可能是多行为导致,还有可能是多个行为形成的行为链条所导致,在后一种情形下,是应当追究这一行为链条上所有人的责任,还是放弃追究最初行为人的责任,二者之间的灰色地带即为溯责禁止(Regreßverbot)^[1]所涉及的问题。换言之,溯责禁止是对答责的一种限制,它要求在一定条件下放弃溯责至最初的行为人。其所指涉之情形在刑法学理上有三种类型:(1)最主要也是狭义的类型认为,如果前行为人的过失行为引起了后行为人的故意且完全答责的行为,那么前行为人原则上是不可罚的。例如,

[1] 德语“Regreßverbot”一词在国内有不同译法。其一为“溯及禁止”(参见[德]韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第527页);其二为“禁止追溯”(参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第773页);其三为“回溯禁止”(参见[德]金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,樊文译,载《刑事法评论》第23卷,第226页;[德]斯特拉滕韦特、库伦著:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第462页);其四为“溯责禁止”(参见[德]雅科布斯著:《行为责任刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第154页)。其中,“溯及禁止”与刑法中的“禁止溯及既往(Rückwirkungsverbot)”一语容易混淆,故为笔者所不采;“禁止追溯”和“回溯禁止”的译法大致相同,但“回溯禁止”更符合德语原文的语法和基本含义,因此更值得选择。本文最后之所以借鉴了冯军教授的翻译,主要是考虑到“Regreßverbot”与客观归责理论密不可分,所禁止回溯的主要系指客观答责性而言,故而在“回溯禁止”的基础上略作引申,采纳了“溯责禁止”的译法。

一栋易着火的大楼的建造者,对他人后来的放火行为产生的后果,不必承担过失的责任。^[2] (2)广义的类型是,对后行为人自我答责的过失行为以及自我危害行为产生了一定作用的过失前行为人,也应当被禁止溯责。例如,销售酒类饮料给司机的人,对于司机醉酒后发生的交通事故是否应当负责?^[3] (3)最广义的类型是,不仅前行为人的过失行为,而且前行为人的故意行为对后行为人自我答责的行为产生了作用时,都无需为他人行为之结果答责。例如,出租车司机 C 按照正常的乘车价格将入室盗窃者 E 和 F 运送到行为地点的情形,^[4] 司机 C 应当被禁止溯责。

上述三种类型中,狭义的溯责禁止受到德国刑法学理和判例的部分认可,但也不乏反对之声;后两种则广受争议。那么,溯责禁止理论究竟是如何产生的呢?有何依据?经历了怎样的发展历程?在今天,相关的学理与实务又有哪些影响?这一切问题的回答要从因果关系理论开始。

一 从“因果关系的中断”到溯责禁止

自 18 世纪末期以来,随着自然科学的勃兴,因果关系概念在刑法学理中逐渐受到重视。但是早期的因果关系过于受自然科学的影响,且局限于杀人罪,至 1860 年左右,才初步形成了刑法学意义上的因果关系理论。^[5] 其代表性人物是冯·布里(von Buri),他认为,行为的结果是由多个力量共同导致的。原因和结果是纯客观的要素,是自然科学上可查明的现象,不受法律评价之影响,也与人的意志等主观因素无关;每个通过自己的行为而对结果产生了作用的人,都与结果之间有因果关系。结果的每个条件都是等价的,是否介入了其他自然力或者人的因素,不影响客观因果关系的认定。^[6]

冯·布里的上述观点很快面临重大挑战。因为仅仅通过因果关系确定客观责任是不合适的,这不仅导致其范围没有限制,而且忽略了心理要素和规范要素的影响。等价说的立场则在共犯论中遇到阻碍,导致无法在不法层面区分正犯与共犯,而沦为任意的主观说。^[7] 为了摆脱这些批评,在学理上提出了种种新的理论,以便在不法层面限制因果关系的范围。其中,与溯责禁止直接相关的是所谓的“因果关系中断”说。该说认为,如果一个行为设立了一个“新的、独立的因果序列”,那么原有的因果流程就被中断了,后行为才是结果的最终原因。^[8] 应该承认,“因果关系的中断”为不追究前行为人的责任提供了一定的说明,但由此也产生了很多问题,多数看法是,客观的因果关系要么存在,要么不存在,不可能存在之后又被中断;而且,按照该理论,共犯的因果关系显然都被正犯“中断”了,从而一律成了不可罚的行为,而这是完全无法接受的。^[9]

[2] RGSt. 61, 318.

[3] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, S. 225 ff.

[4] 参见 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, S. 100.

[5] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 29 ff.

[6] 参见 v. Buri, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 1 ff; v. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860, S. 5 ff.

[7] 参见 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 260 ff.

[8] 参见 Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, 1885, S. 17.

[9] 参见[德]李斯特、施密特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社 2000 年版,第 189 页。

实际上,“中断”的根据不在于事实的因果关系本身,而是归责理论对其做出了禁止回溯的评价,即应当从“因果关系的中断”走向溯责禁止。“溯责禁止”这一提法首次出现于弗兰克(Frank)的书中。他指出,有些条件“不是原因,因此不能决定正犯。那么……在存在这些条件却不允许被视为原因的意义上,溯责禁止就是有效的:自由地和有意识地(故意地和有责地)指向结果引起的条件才是原因,而不是这些条件的前条件”。^[10]从弗兰克的表述中可以得知,他并未划清溯责禁止与“因果关系的中断”之界限,而是结合意志自由来说明“因果关系中断”的根据。在“因果关系的中断”被学界和实务界放弃后,溯责禁止理论又得到了以下支持。

一是实在法的规定。根据当时的《德意志帝国刑法典》,正犯与共犯之间是区别对待的,只有直接惹起结果的正犯独立可罚,间接惹起结果的共犯则从属于正犯才可罚,一如弗兰克所言:“溯责禁止在《刑法典》第48条中受到了实在法的承认;否则教唆犯就将成为正犯”。^[11]另外,如果引起了他人故意犯罪的前行为是故意实施的,将被认定为他人犯罪的帮助犯或者教唆犯;由于《刑法典》规定的帮助犯或者教唆犯仅限于故意,过失的前行为因此是不可罚的,即溯责禁止。不过这两种看法受到普遍的批评。关于前一观点,认为间接惹起结果不能独立确立可罚性是不恰当的,间接惹起结果的间接正犯就是独立可罚的。后一观点则以一个错误的假设为前提,即在过失犯中区分了正犯与共犯。然而,迄今为止的共犯都是从故意犯中发展起来的,并不适用于过失犯;而且刑法分则的结果犯中,全部的过失行为都是作为正犯处罚的,找不到刑法典中哪里规定了过失的“共犯”。^[12]

二是意志自由对因果关系的重要影响。“个别化因果论”者认为,意志自由是刑法答责的出发点,每个人只为自己开启的因果链答责。^[13]“一般化因果论”者认为,人们只需要为自己直接设立的原因负责,介入了自由答责的第三者行为时,原行为与结果的因果关系通常都是不相当的,因为第三者有意志自由,不像自然力那样具有可预测性。^[14]此种和意志自由结合在一起的论据以自我答责理论为基础,具有相当的合理性,但如若因此而彻底禁止对最初行为人的溯责,就会使溯责禁止理论走向绝对化。即便是积极主张溯责禁止的学者,也少有持此绝对立场者,而多是基于刑事政策的考量,对刑法学理进行种种变通,以承认某些情况下前行为的可罚性。

二 与归责理论同行:溯责禁止的重要发展

(一)溯责禁止与旧客观归责论

虽然由于和意志自由联系在一起而具有浓郁的归责色彩,溯责禁止理论早期却一直是在因果关系的框架内展开研究,直到二战以后,随着客观归责理论的兴起,情况才有所改变。初期的客观归责理论认为,行为与结果之间的因果关系并不具有决定刑法责任的机能,而只是划定了刑法责任的最宽广的界限。客观归责的判断根据应当在于,自然进程可以受到自

[10] Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl., 1925, S. 15.

[11] 同上注, 18. Aufl., 1931, S. 15.

[12] 参见 Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für Tröndle, 1989, S. 178.

[13] Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, S. 21 ff.

[14] 参见 Köhler, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 1917, S. 203.

由意志控制的行为之干预,即所谓的“可控制性”准则。据此,只有行为人通过其意志控制了因果流程时,才是可以归责的,这显然有别于自然科学意义上的因果关系准则。^[15]

此一时期,主张溯责禁止的学者提到的相关论据主要有三种。一种仍然涉及到意志自由理论。认为如果后行为所导致的结果,没有受到前行为人的意志支配,那么前行为人就在客观上是不可归责的。^[16] 另一种从刑罚目的视角理解溯责禁止理论,认为处罚故意的后行为人就足以实现一般预防和特殊预防的刑罚目的。当处罚后行为人足以解决冲突时,对过失前行为人就没有处罚的必要了。^[17] 还有一种出自法安定性与市民自由的考量,认为为了实现法秩序的安定,不需要对一个故意犯罪行为的过失引起者进行处罚;如果对后故意犯罪行为的前过失行为都追究责任,法秩序的安定性反而会受到损害,市民的自由随之也将受到限制。^[18]

由于旧客观归责论本身具有局限性,上述三种论据也受到了批评。例如,雅各布斯教授认为第一种论据既不符合立法者对故意共犯的立法规定,也不能解释为何过失犯的间接引起者可以被论以正犯。^[19] 第二种论据的不足则在于,只有在直接行为人的归责可以完全解决冲突时它才是有效的,而事实上只有一部分才是如此,还有很多直接行为人的归责不能完全解决冲突的场合,此时当然就要对间接的行为人予以归责,无论其出于过失还是故意。第三种论据也以过失的前行为人完全不当受刑事追究为前提,那么它也就和论据二一样走向了简单的绝对化。真正的问题因此是,究竟在哪些条件下,前行为人也具有可罚性。对此仅仅从可控制性角度予以探究的旧客观归责论未能提供很好的说明。

(二)溯责禁止与现代客观归责论

自上个世纪70年代起,客观归责理论致力于追求灵活处理具体问题的新途径,其中风险增加理论和规范目的理论等特别受到瞩目。风险增加理论认为行为本身的危险性对客观归责具有决定意义,行为人是否制造和实现了一个不被允许的风险成了客观归责理论的基本立场;规范目的理论强调,只有在行为违反了规范目的时,在客观上才可以被归责等。^[20] 下文结合其与溯责禁止理论的关系分而述之。

1. 信赖原则与溯责禁止

溯责禁止理论与信赖原则有着紧密联系。信赖原则虽然是从道路交通中发展起来的原则,但是很快就扩张为一个与归责有关的理论。在两个相接的行为中,尽管前行为人有过失,但后行为人是自己决定故意违反规范的,他独立地违反了社会性的一般信赖,因此前行为人不应受到溯责。斯特拉滕韦特(Stratenwerth)教授曾经指出:“触及到社会生活中多人的行为时,通常每个参加者都可以信赖其他人会谨慎地行为,因为他们也处于法秩序的要求之下。虽然经验告诉我们,社会生活中存在大量的不谨慎行为,但是信赖与统计学上的高度盖然可能性或者经验法则无关,而仅仅与他人是否可以答责有关,如果他人是可答责的,人们就有权期待他们履行其谨慎义务。”^[21] 不过,斯特拉滕韦特教授同时也认为,“能否将此

[15] 参见 Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe für Frank, 1930, S. 174 ff; Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 60 ff.

[16] 参见 Naucke, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), S. 426 f.

[17] 参见 Lampe, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959), S. 615 f.

[18] 参见 Naucke, Über das Regreßverbot im Strafrecht, S. 425 f.

[19] 参见 Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), S. 8.

[20] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第245页以下。

[21] Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 392.

原则如此泛化适用,还很值得怀疑,因为,如果这样理解,那么,即使具体情况下他人的错误行为是可想而知的,这一原则也不会放弃干预。”^[22]

为了在二者间寻求一种平衡,学理上发展出了一些规则,来限制通过适用信赖原则而溯责禁止的情形。首先是“奖赏理论”,该理论认为信赖原则是对遵守规范者的奖赏,也就是说,只有自己没有违反规范的人,才值得受信赖原则保护,如果前行为人已违反了规范,即使是过失,也不得适用信赖原则获得免责。^[23]与信赖原则相关的其他规则也在一些学者的论述中有所反映,有学者认为只有当前行为违反规范的行为本身已经表露出损害发生的危险时,才不可以适用信赖原则;有学者认为前行为人违反规范时,是否可以预料到后行为人的违法行为,对信赖原则之适用至关重要;还有学者认为当“其他的交往参与者显然不具有答责能力时”不能适用信赖原则等。^[24]但是,由于信赖原则的基础不是归责理论,而是经济上的成本与收益分析,^[25]在该成本与收益分析中,人的生命健康让位于道路交通的快速便捷和汽车工业发展对经济的贡献,这已经违反了生命至上的宪法价值,也违反了作为正当化基础的利益衡量法则。“奖赏理论”则几乎完全否定了溯责禁止,因为前行为人至少有过失。各种限制理论则基于其不确定性无法被接受,前行为是否表露出危险,是否可以预见后行为人的违法行为等都是统计学上的而不是规范的要素,法定的可罚性前提不能被他人错误行为在统计学上的概率所替代,否则就与罪责原则的要求不符。^[26]

2. 规范的保护目的与溯责禁止

罗克辛(Roxin)教授认为,规范的保护目的理论可以禁止一部分溯责。他从客观归责理论出发,提出前行为人是否可以被溯责,要结合规范的保护目的进行考察;尤其是在过失地引起了他人的自杀、自伤和自我危险时,可以认为该过失行为不必答责。例如,过失地加功于他人自杀的行为不能被归属于客观的构成要件,因为其不符合刑法规范的保护目的。该规范目的之限制是从立法的价值判断中得出的,如果故意参与他人自我答责的自杀尚不可罚,过失自然更不可罚。再如过失地将天花传染给他人后,他人在治疗期间又致使医生和护士感染的,也不能溯责至第一个传染者,而应当归责于医事立法和医护职业之要求。^[27]站在规范保护目的的角度提出的这种看法也受到批评,雅各布斯教授指出,虽然他人任意的行为可以排除对前行为人的溯责,但规范的保护目的理论本身其实并没有回答如何处理排除溯责的问题。^[28]

3. 风险增加与溯责禁止

奥托(Otto)教授以其归责理论的核心准则“可操控性”为基础,认为只有增加了风险的前行为才是可以被溯责的。当后行为人所实现的结果是前行为人所制造或者增加的风险直接导致时,始可溯责于前行为人。^[29]但“可操控性”概念不够明确,所以不适于作为一般性的归责准则。理由在于:(1)如果它指的是结果的避免可能性,由于前行为人当然有避免结果的可能性,那么前行为人应该都被溯责。(2)如果它指的是结果在客观上的可追求性,以

[22] [德]斯特拉滕韦特、库伦:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 420 页。

[23] 参见 Kirschbaum, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980, S. 122。

[24] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 192 f。

[25] 参见 Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, S. 13 f。

[26] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 195 ff。

[27] 参见 Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Festschrift für Gallas, 1973, S. 241 ff。

[28] 参见 Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, S. 16 f。

[29] 参见 Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, S. 702 ff。

便避免对不可预见的因果流程之归责,那么几乎所有的因果流程都不是在生活经验之外,因此也都在可追求与可操控的范围之内。(3)如果它指的是在行为人设立了一个带来危险的原因之后就失去了对因果流程的控制,那么不管后行为人是故意还是过失地引起结果,前行为人都是无法控制的;要求后行为人只能是故意答责者就失去了依据。所以,以可操控性来判断归责无法确定溯责禁止的范围。^[30]

4. 允许的危险和社会相当性与溯责禁止

为了得出溯责禁止的结论,被允许的危险和社会相当性理论亦被援引。比较极端的观点认为,在后行为人是故意犯罪时,前行为人的行为就是“社会相当的”,因而可以一般性地排除责任。^[31]温和的观点则认为,只有那些“社会上一般的”和处于被允许的危险范围之内的前行为,^[32]才可以禁止溯责;反之,不具有社会相当性的前行为则应当溯责。^[33]例如,销售刀具、火柴、打火机、含酒精饮料、斧头和锤子等物品给顾客,如果要求销售者对顾客之后的故意杀人或者放火等行为负责,将是不可能的,就是因为销售者行为的危险是被社会所接受和允许的。

以是否具有社会相当性来判断危险是否被允许的,进而决定是否应当客观归责,此等理路亦面临相当多的反对意见。雅各布斯教授指出,社会相当性基本上是一个形式的标准,如果孤立地看,既然结果已经那样发生了,所谓不具有社会相当性的场合其实就应当大部分都是“相当的”。^[34]罗克辛教授也直接地说,将前行为人的不可罚根据归结为允许的危险和社会相当性,不过是变相承认溯责禁止,不仅在被允许的危险之范围方面有待争论,而且如果将之贯彻到底,就不应当将前行为限制于非故意的行为。因为被允许的危险和社会相当性不取决于行为人对结果的内心态度。^[35]更严厉的批评来自迪尔,他认为,根据被允许的危险和社会相当性理论限制可罚性,其教义学基础是不清楚的。学理上谈及二者时通常满足于列举诸如面包师、杂货店主之类的具体事例,但从这些事例中看不出清晰的责任原则。这样一种判例法性质的做法,对于根据既存的法秩序进行一般有效的答责而言是不适格和危险的。^[36]

5. 保证人义务与溯责禁止

在围绕溯责禁止的是非争议中,支持者与反对者都想到了保证人义务理论。反对溯责禁止的学者认为,从保证人义务的视角探讨前行为人的过失犯罪,可以将前行为人作为的过失“共犯”转变为不作为的过失正犯;如果过失“共犯”因为刑法的明文规定而不可罚,那么通过摇身变为过失正犯,就可以合理实现对前行为人的处罚,也就不存在所谓溯责禁止的问题了。^[37]支持溯责禁止的学者则认为,由于自我答责的直接行为人阻止了对前行为人的答责,前行为人的过失行为在答责的意义上就不是危险前行为,“溯责禁止的场合没有保证人义务”。^[38]不过,从保证人义务的视角解读过失前行为之可罚性虽然有一定意义,却混淆了

[30] 参见 Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, S. 181 f.

[31] 参见 Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 286 f.

[32] Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55.

[33] 参见 Wehrle, Fahrlassige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot, 1986, S. 70.

[34] 参见 Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, S. 4 f.

[35] 参见 Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, S. 187 f.

[36] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 202 f.

[37] 参见 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, S. 140 ff.

[38] 参见 Wehrle, Fahrlassige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot, S. 70 f.

两个不同的学理范畴:过失犯与不作为犯。对此,布洛伊(Bloy)教授本人也有清醒的认识,他指出,不作为犯的核心是结果避免的可能性,过失犯的核心是结果引起的可支配性,二者并不相同。如果一个结果是可避免的,并不意味着也存在对结果的可控制性。^[39]此外,保证人义务与溯责禁止的体系地位和机能皆有所不同,在教义学上,保证人的责任原则很难成为赞成或者反对溯责禁止的基础。

6. 注意义务与溯责禁止

还有学者从前行为人的注意义务中界定溯责禁止的范围。舒曼(Schumann)认为,如果前行为人对后行为人的行为负有注意义务时,就有客观责任。这一义务不仅要求行为人注意不得引起不良结果,还要求行为人注意他人的行为不会和自己的行为相结合而导致结果发生,否则前行为人可能构成过失的间接正犯。^[40] 韦尔勒(Wehrle)同样认为,如果具体情况表明后行为人的故意犯罪是“明显”或者“显然”的,前行为人就违反了自己的注意义务而有客观责任,除非前行为人是无认识的过失,或者前行为是日常行为。^[41] 以注意义务为基础的看法面临的批评是,在法律原本没有规定注意义务的场合,根本不存在判断责任问题的实质标准,被两位学者建构出来的注意义务因此只是一个没有根据的形式。^[42] 而且,根据后行为人是否“明显”地故意犯罪认定是否应当溯责禁止,将使判断标准流于任意,是以一种纯粹事实性的考察不当地取代规范判断。^[43]

(三)溯责禁止的新发展

溯责禁止虽然在德国获得主流观点和判例的部分承认,却未得到一般性的认可。多数论者采取的是既不完全肯定也不完全否定的灵活态度。但是,也有一些学者主张彻底地贯彻溯责禁止理论,并提出了新的发展方向。

1. 作为一般性构成要件界限的溯责禁止

迪尔认为,每个人都只在客观上为自己的错误行为答责,如果介入了一个完全答责的他人行为,无论该他人行为是故意、过失还是自我危险地实施,均排除了过失前行为人的答责性。其论据有三:^[44]

第一,历史地看,无论是“因果关系的中断”,还是客观归责理论,处理溯责禁止之问题的核心都在于,后行为人完全答责时,过失前行为人是否可罚。19世纪70年代之前,过失前行为人本来原则上是不可罚的,19世纪70年代之后,当后行为人是过失犯罪时,过失前行为人开始受到追究。20世纪初,则在后行为人是故意的情形下,也承认过失前行为人的可罚性。迪尔认为,该可罚性范围逐步扩大背后的推手是自然主义的因果概念,由于自然的因果链界限宽广,如果承认有因果关系就可以归责,无异于为广泛地追究人们的责任提供了可能。尤其是现代社会中,在日益多元化的价值观念和刑事政策的助推下,前行为人被溯责的可能性越来越大。对此,迪尔批评指出,溯责禁止背后的基本思想应当是自我答责原则,即每个人原则上仅为自己亲自直接和自我答责地实现的结果负责;否则,基于刑事政策的需求而不断扩张前行为人的答责范围,将使刑法发展为以目的为导向的风险刑法。

[39] 参见 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, S. 142。

[40] 参见 Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 22 f。

[41] 参见 Wehrle, Fahrlassige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regreßverbot, S. 50 ff。

[42] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 188 f。

[43] 参见 Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, S. 183 f。

[44] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 375 f。

第二,在教义学上,过失前行为人的行为独立于后行为人之行为,对其禁止溯责是必然的。首先是确定性原则的要求。前述信赖原则、风险增加和保证人义务等最终都只能针对具体判例进行灵活处理,虽然契合了刑事政策的需求,却因过于灵活而违背了确定性原则。其次是宪法性价值的要求。《德国基本法》第1条规定了人类尊严的不可侵犯性;第2条规定了人格自由和自由的不可侵犯性。既然对人类尊严与自由的宪法保护是刑法中罪责原则的前提,每个人原则上就只应为自己的行为答责。当后行为介入时,发生的结果已经不再是前行为人的自由所能够支配的了,因此,对前行为禁止溯责是有理由的。最后是正犯与共犯理论的要求。《德国刑法典》第25条以下将各参加者分别规定为正犯与共犯,其内在依据正在于各参加者是否是充分自我答责的;过失前行为人的行为至多只能被评价为过失的“共犯”,并因为缺乏刑法的明文规定而不可罚。

第三,在现代刑事政策的视野下,经由不处罚前行为人,有助于从风险刑法发展为法治国的和自由主义的刑法。溯责禁止可以防止刑法脱离罪责原则单纯以危险性追究责任,强化了刑法作为最后手段的机能。而且迄今所主张的报应理论和预防理论都不支持溯责至过失前行为人。迪尔还结合溯责禁止的体系性地位指出,溯责禁止并非客观归责的内容,而是确定构成要件界限的原则。客观归责理论过于重视行为无价值,往往认为只要有危险的行为,再加上自然意义上的因果关系,就可以成立刑法上的责任,这有侵犯自由之虞。实际上,溯责禁止是与行为自由息息相关的问题,不仅应当考虑行为无价值,而且应当根据直接的结果无价值来确定责任的范围。溯责禁止因而直接一般性地决定了受行为自由制约的构成要件之界限,而不是如同通常所理解的那样是客观归责理论的内容。^[45]

2. 作为一般性答责排除事由的溯责禁止

溯责禁止主要针对过失地引起后行为人的故意犯罪而言,迪尔则将之扩展至过失地引起后行为人的故意、过失犯罪或者自我危险行为。在这一问题上,雅各布斯教授走得更远。他认为,溯责禁止是答责的消极方面,如果后行为人尽管实现了构成要件,但对前行为人来说该行为并不具有构成要件实现的意义,而是社会上一般的行为,就不可以将该构成要件实现及其结果回溯至前行为人;因为一个本质上无害的行为不能成为犯罪实施的一部分,即使另一个人将其牵涉入犯罪之中。^[46] 例如,卖面包的人不因为买面包的人后来在面包里下毒杀人,就要为杀人负责;修车工不会因为替准备犯罪的人修好了车辆,就成为帮助犯;律师在他人的咨询下回答在某个国家税务犯罪人是否会被引渡,以及某人在他人准备救助落水者时告诉准备救助者,将要救的人是谁,致使救助者放弃了救助的,律师和该人也都不在答责范围之内。^[47]

以上述理解为基础,雅各布斯教授批评指出,历来的溯责禁止不考虑过失前行为的规范意义,而僵化地放弃对过失前行为人的处罚是不合时宜的,不仅在理论上而且在实务上,有相当一部分过失前行为人都应当可罚。在此意义上雅各布斯教授缩小了溯责禁止的范围。另一方面,雅各布斯教授又认为,溯责禁止与前行为人主观的心理状态无关,溯责禁止不应当限于过失的前行为人和故意的后行为人,甚至在前行为人是故意,后行为人是过失时,亦可禁止溯责,溯责禁止的范围因此又被雅各布斯教授扩大了。^[48] 其理由在于,在一个信息

[45] 参见 Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 274 f.

[46] 参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 697 f.

[47] 参见 Jakobs, Akzessorietät-Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 260 f.

[48] 参见 Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, S. 26 f.

和货物交换都极为频繁的分工型社会里,必须严格区分什么是社会交往的客观意义,什么是人想在交往中追求的主观意义。只有客观意义才是社会交往中有效的意义,行为人所追求的意义则与他人无关。“单纯的主观性……是一种在社会上无意义的个体心理状态,这种主观性本身对客观的交往是没有意义的”。^[49] 溯责禁止于是从历来的理解中脱离出来,成为一个答责的一般性排除事由。

三 溯责禁止与共犯论

溯责禁止历来与共犯理论密不可分。一方面,过失的前行为人作为过失的“共犯”不可罚一直是溯责禁止的基础性论据之一,即使后来认为可以溯责的观点,也不得不将过失前行为人变身为过失的正犯,才可以赋予其可罚性。另一方面,更具有现实意义的是,弗兰克的溯责禁止理论,即自由的条件是原因,可以决定正犯,不自由的前条件则是共犯,^[50] 提供了区分正犯与共犯的重要准则,在今天仍得到部分学者的提倡。

(一) 过失犯有无正犯与共犯之分?

一如前述,主张溯责禁止的学者多认为,过失犯也有正犯与共犯之分。而主流观点则认为,与故意犯不同,过失犯中采取的是扩张的正犯概念或者单一行为人体系,也就是说,“在过失犯罪情况下,有因果关系的共犯的每一种形式都是正犯”。^[51] 理由大致有:(1)“如果数人由于无认识的过失而共同实施犯罪行为,不可能区分正犯和共犯,因为所有参与人均以同样的方式缺乏对构成要件该当结果的预见,因此,他们中的每一个人均不可能对犯罪进行有效的控制。相反,在有认识的过失犯罪情况下,如同在故意犯罪中的分类一样,进行分类是可能的,因为共犯总是将实现构成要件作为其行为的可能发生的结果。……划分过失犯罪的程度的依据仅是违反注意义务的程度,而这一程度是以不同于犯罪支配理论所能提供的标准来衡量的。因此过失犯罪的正犯是指每个违反注意义务、有助于实现构成要件之人”。^[52] (2)立法本身表明过失犯采取的是不同于故意犯的单一行为人体系。一方面,所谓过失犯的共犯是不处罚的,认定过失“共犯”没有意义;另一方面,《德国刑法》第 212 条杀人罪中使用的是“杀”,而第 212 条过失杀人罪中使用的是“引起死亡”,这说明杀人罪中只有“杀”了人的人才是正犯,否则就是共犯;而过失杀人罪中所有“引起”了死亡的人都是正犯。^[53] (3)为了更有效地保护法益,对那些只是间接作用于结果的过失犯予以处罚在刑事政策上具有重要价值,所以必须将过失的“共犯”按照过失的正犯处罚。^[54]

反对者则对上述理由进行了反驳。他们首先概括性地指出,区分过失犯的正犯与共犯具有重要意义,因为过失的“共犯”将是不可罚的;就溯责禁止来说,如果单纯地引起结果就成立过失正犯,那么前行为人就总是可罚的了,而这是主流观点也不会同意的;而且故意犯采取限制的正犯概念,而过失犯却采取更为宽泛的单一行为人体系,这令人相当难以理解,因为过失犯的不法内涵、可罚性与刑罚幅度都低于故意犯,其正犯认定准则本应比故意犯更

[49] Jakobs, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997, S. 572 f.

[50] 参见 Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 15 f.

[51] [德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 779 页。

[52] 同上注,第 791 - 792 页。

[53] 参见 Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für Tröndle, S. 178 f.

[54] 参见 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 3 f.

窄才对。^[55] 关于主流观点的第一点理由,其在有认识过失和无认识过失之间做出不同判断,违反了过失犯统一的结构。过失犯当然不能用和故意犯一样的犯罪支配原则区分正犯与共犯,但是过失犯中仍然可以区分正犯与共犯,因为限制的正犯概念是自我答责原则的必然要求,即刑法责任原则上限于直接引起结果的人,间接者则是共犯,这对故意犯和过失犯都是同等适用的。^[56] 对第二点理由要说的是,立法者的用语只是对因果关系的一种肯认,在总论中已经有了一般性的因果关系理论的前提下,不能将“杀”和“引起死亡”做不同的解读,二者都只是描述了一种与死亡有因果关系的行为而已。相反,只有故意共犯才可罚的规定清楚地表明,立法者显然认识到过失“共犯”是存在的,但是不可罚。^[57] 至于最后一点刑事政策上的理由,因为未能提供充分的教义学上的根据而不无疑虑。“毋宁说这是一种刑事政策论据和教义学论据的不被允许的混淆,进行处罚在教义学上的合法性不能被刑事政策的考虑所取代。……确定刑法上的不法内涵时,必须具有法安定方面和教义学方面的合法性,而不能取决于具体的可罚性需求。”^[58]

(二) 赫鲁施卡(Hruschka)的溯责禁止理论与共犯论^[59]

1. 溯责禁止与正犯、共犯之区分

赫鲁施卡教授认为,理解人类的行为可以有两个视角,自然的视角和自由的视角。自然地看,结果由无数个条件引起,诸条件间是等价的;自由地看,在因果链中,人的自由可以创设一个决定性的原因,从而区别于其他条件。其中,自由是行为可归责的前提,不承认自由和可归责性,就没有答责性。尽管有人试图仅仅从自然的视角寻求答责的根据,但是所有努力都注定是徒劳的,因为不结合自由,从一大堆条件中挑出若干条件来决定答责性,将是随意的。如果承认了自由行为之意义,那么一个自由的行为就是终极原因,是不能再被其他条件引起的。归责于是意味着一个新因果链的开始。

赫鲁施卡教授从上述自由对因果链的影响中看到了正犯与共犯的区分。即倘使某人完全自由地符合了构成要件,那么就是正犯,在其背后不可能再有其他终极原因,其他为该构成要件提供了条件的人充其量构成共犯。依照刑法的规定,共犯虽亦可罚,但是共犯并非如同正犯引起结果那样地引起结果,也不能像正犯符合构成要件那样地符合构成要件。正犯不受任何人制约地实施犯罪,运用其自由创设了一个独立因果链的终极原因;而共犯则必须依赖于正犯才可以实施犯罪,其设定的条件不是完全自由的,因此不是终极原因。如此一来,通过将自由与原因捆绑在一起,赫鲁施卡教授就在共犯论领域中进一步地扩展了溯责禁止理论的意义,并在正犯与共犯之间划出了一条清晰可辨的界限。

2. 限制的正犯概念与共犯的从属性

赫鲁施卡教授在对原因的分析中指出,原因概念有两种类型,一种是强原因,可以决定结果之发生;另一种是弱原因,仅为结果之发生提供一定助力,但并不决定结果发生。他认为,溯责禁止意义上的原因是强原因。当然,无法否认的是,教唆犯为犯罪行为及其结果之发生设定了一个条件,没有该条件就不会有后来犯罪行为及其结果的发生,所以教唆犯“引起”了犯罪及其结果,但是这里的“引起”仅仅是弱原因概念意义上的一种助力而已,而非溯

[55] 参见 Hruschka, Regreverbote, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), S. 610 f.

[56] 参见 Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 110 f.

[57] 参见 Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, S. 111 f.

[58] Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 328 f.

[59] 参见 Hruschka, Regreverbote, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, S. 581 f.

责禁止所指的强原因概念意义上的决定力。那么,就可以看到,正犯和共犯行为之间是不等价的,前者是一种强原因,而后者是一种弱原因。溯责禁止引发的此一重要区别奠定了共犯的从属性之基础:共犯由于未为犯罪行为及其结果提供强原因,故此不是独立的,另有正犯符合了构成要件是共犯违法性和可罚性的前提,无他人的正犯行为,就在概念上没有共犯。与此相应,限制的正犯概念也与溯责禁止有关,因为刑法分则规定的构成要件只能被强原因意义上的正犯完全符合,只是“引起”而不是“决定”犯罪实现的共犯就不是分则构成要件的直接适用对象。

3. 教唆犯与间接正犯

根据溯责禁止理论,直接正犯是自己实施具有构成要件符合性和违法性的行为且可被归责之人;间接正犯是位于不能被归责的直接行为人背后的人;如果直接行为人可以被归责,背后之人则不构成间接正犯,而是教唆犯。那么溯责禁止所理解之共犯从属性就是极端从属性。然而,今日刑法学在要素从属性上早已从极端从属性过渡为限制从属性,赫鲁施卡教授认为,此一立场变迁并非理论上的进步,反而衍生出严重问题。例如,在直接行为人有意识但非自愿地行为(受强制而免责的行为)之场合,通说认为成立间接正犯;但考虑到直接行为人此时显系故意且违法行为之人,幕后者则亦可成立教唆犯。那么,幕后者就同时成了间接正犯和教唆犯。这违反了正犯与教唆犯之间的排斥关系。为了解决此一冲突,主流观点希望借由竞合规则脱困,即在间接正犯之前教唆犯退居次要地位,“今天一般有理由认为,相对于共犯而言,间接正犯形式的正犯仍享有优势地位”。^[60]但是引入竞合规则并不能化解自我矛盾,反而是以自我矛盾为前提,因为它正好承认了行为人既是间接正犯又是教唆犯。

关于主流观点的主张,赫鲁施卡教授的看法是,正犯优先于教唆犯的观点本身无可厚非,但是不能用于在竞合层面化解间接正犯与教唆犯的冲突,而是可以将其理解为否定共犯的限制从属性之途径:(1)在受强制而免责地行为之场合,《刑法》第 26 条将强制者规定为教唆犯;(2)根据极端从属性立场下的间接正犯理论,幕后者是受强制之犯罪的正犯,而不是教唆犯;(3)因为间接正犯与教唆犯之间存在着排斥关系,幕后者同时成立间接正犯和教唆犯是不可能的;(4)相较于承认对直接行为人的教唆,认为幕后者系正犯无论从哪个角度看都更值得优先考虑。所以,从结论上看,在直接行为人不具备有责性时,幕后者都应当成立间接正犯,于是就又回到了极端从属性那里。

(三)溯责禁止与“正犯后正犯”

在共犯论领域对溯责禁止理论提出的挑战还有所谓的“正犯后正犯”理论。根据该理论,即使直接行为人是违法且有责的人,也不影响幕后者论以正犯,主要有三种类型:第一,当幕后者利用了直接行为人的可避免的禁止错误时,直接行为人仍然是可减轻处罚的正犯,但幕后者也应以间接正犯论;第二,当幕后者利用了直接行为人的不重要的认识错误(例如动机错误、对象错误)时,直接行为人是正犯,但幕后者亦应属于间接正犯;第三,有权者利用下属实施犯罪时,下属是直接正犯,发号施令者亦构成间接正犯。其主要理据是,在价值判断中,虽然“工具”是故意且完全答责地行为之人,但是幕后者拥有优势地位,所以要被评价为(间接)正犯。^[61]

[60] [德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,第 802 页。

[61] 参见 Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., 2006, S 697 f.

“正犯后正犯”理论之提出具有浓厚的刑事政策色彩。这一理论使自我答责原则与溯责禁止理论受到根本性动摇。自我答责原则要求每个人仅为自己的行为答责,仅在直接行为人不能承担刑事责任时,幕后者才可以间接正犯论;溯责禁止理论则要求一个完全且充分答责的自由行为不可以再追溯至另一个自由行为,正犯后的人只可以是共犯。而“正犯后正犯”之场合,直接行为人正好是完全且充分地答责的正犯,那么将原本只是实施了相当于教唆之行为的幕后者也论以间接正犯,就同时违反了自我答责原则和溯责禁止理论。许乃曼(Schünemann)教授因此说:“倘若幕前者在刑法上是答责的,幕后者就只能作为共犯而负责,以至于在答责原则看来,‘正犯后正犯’的法律角色是不存在的。”^[62]

对此,赫鲁施卡教授批评说,“正犯后正犯”与间接正犯是不同的:它没有“引起”结果,至少没有在强原因概念的意义上引起;它也没有符合构成要件;它更没有如同间接正犯那样支配犯罪。所谓的“正犯后正犯”只是教唆犯的另一种称谓。实际上,就刑罚承担而言,承认“正犯后正犯”也是没有意义的,因为教唆犯“和正犯同样处罚”。“正犯后正犯”的提法不仅破坏学理体系的一致性,而且潜藏了将越来越多的情形视为间接正犯之危险。^[63]迪尔也质疑说,除了刑事政策方面的考虑,承认“正犯后正犯”的理由在教义学上还没有被清楚地说明。至于所谓处罚需求的刑事政策之考量,则与《基本法》第103条第2款的要求冲突,因而并不足信。^[64]

四 简 评

溯责禁止理论目前在德国仍处于激烈的争论之中,以至于很难作出总结性的评价。笔者不揣浅陋,勉强做出以下简短评论,以结束全文。

首先,溯责禁止理论的演进,深受德国刑法学理变迁之影响。早期的溯责禁止从因果关系的角度寻求前行为人不可罚的根据,显然与当时偏爱自然科学的时代精神有关。随后从“因果关系的中断”流变为一种禁止归责的方式,则正好直观地印证了归责理论的兴起,是二战后德国刑法学理最重要的成果之一。时至今日,迪尔将溯责禁止视为一般性的构成要件界限,反应的是德国刑法学理中自我答责理论的广泛影响;而雅各布斯教授从一般性答责排除事由的角度理解溯责禁止,亦充分体现出其力倡的机能主义刑法立场。一直以来,虽然德国主流观点和判例对溯责禁止采取的是整体上拒绝的态度,溯责禁止却总是披着形形色色的外衣(例如因果关系的中断、信赖原则等)从未间断地得到肯认。

其次,溯责禁止理论的核心问题不在于是否可以溯责禁止,而在于应当多大范围内溯责禁止。笔者认为,判断溯责禁止的范围时首先应当和故意与过失脱离关系。溯责禁止所禁止的本来是客观的答责性,根据显然在于前行为人在客观上缺乏答责基础;但是,为前行为人附加了过失以及为后行为人附加了故意的限制之后,禁止溯责的根据就变得模糊起来。历来的溯责禁止理论,包括迪尔的新发展,均过多地纠缠于主观心态中而难以自拔,致使溯责禁止的真正根据一直处于游移不定的状态之中。

再次,禁止溯责的重要根据之一是自我答责原则。透过和意志自由的联系,自我答责原

[62] Schünemann, Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Täterschaftsstufen, ZIS 7/2006, S. 302.

[63] 参见 Hruschka, Regreverbote und Anstiftungsbegriff, S. 606 f.

[64] 参见 Diel, Das Regreverbote als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 332 f.

则将每个人答责的范围限制于一定的范围之内,从而也间接地将非自我答责的行为排除在外。在此意义上,自我答责原则的确对溯责禁止有所裨益。但是,自我答责是否真的为溯责禁止提供了根据是一个很大的问号。按照自我答责原则,过失行为当然也是自我答责的,否则过失犯将失去存在的意义;不过如此一来就很难得出过失前行为人不可罚的结论了。质言之,溯责禁止和自我答责的关系其实不是自我答责决定了溯责禁止,而是溯责禁止在自我答责划定的答责范围内进一步排除了一部分答责。最核心的问题因此是,对自我答责的行为禁止溯责的实质根据何在?对此,笔者大体上赞同雅各布斯教授从行为人在社会中所承担之角色的角度提出的论证,即人们根据社会对自己的期待而实施的符合角色要求的行为,不能产生刑法上的答责性。

现在,溯责禁止在我国刑法学理中也已经不是完全陌生的概念。^[65]但是,就整体而言,该理论在我国仍然有着相当的神秘色彩,今后是否有必要借鉴其成果以及在何种意义上借鉴,亦有待进一步观察。无论如何,作为拒绝或者借鉴的前提,对德国刑法学理中的溯责禁止理论进行较为全面的了解都是必要的,本文写作之目的即在于此。

[Abstract] Regreßverbot originated from the need to restrain the scope of causality, namely, due to the fact that the intentional act committed by other people cuts off the chain of causation of some prior act, it is, therefore, prohibited to pursue liability of the person who committed a prior negligence act retroactively. With the emergence of doctrine of liability fixation after the World War II, regreßverbot, by transforming into the restraint of legal liability, continued its development. Especially in modern doctrine of objective liability fixation, concepts such as social appropriateness, trust principle, risk that is allowed, and the purpose of normative protection have provided certain theoretical support for regreßverbot. The regreßverbot regarded as bounds of general constitutive requirements raised by Diel and regreßverbot taken as a general exclusion of cause in fact in terms of liability proposed by Jakobs, on the other hand, represent the latest direction of theoretical development in this field. In the area of accomplice theory, regreßverbot has provided stimulating answers for the distinction between principal offender and accomplice, the boundary between abettor and indirect principal offender, and for the issue whether it is necessary to deal with “principal offender after the principal offender”. Regreßverbot not only has a close connection with the principle of self-liability from perspective of dogmatic, but also challenges criminal policy that is increasingly influenced by criminal law focusing on risks.

(责任编辑:王雪梅)

[65] 例如,陈兴良教授十多年前就简要介绍过该概念(参见陈兴良:《刑法因果关系研究》,载《现代法学》1999年第5期,第10页)。张明楷教授甚至在其第三版的教科书中明确地说:“本书采取条件说,即行为与结果之间存在着没有前者就没有后者的条件关系时,前者就是后者的原因;与此同时,应采用禁止溯及理论。”(参见张明楷著:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第167页);该表述虽然在第四版中被删除,但对介入因素的讨论中张明楷教授仍然部分采纳了溯责禁止理论的观点(参见张明楷著:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第184页以下)。此外,作为当今德国溯责禁止理论最新发展方向的雅各布斯教授的溯责禁止理论,也曾经在我国得到周光权教授的认同(参见周光权:《论刑法学中的规范违反说》,载《环球法律评论》2005年第2期,第172页)。